

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/149694>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-05 and may be subject to change.

# Niet-bindend advies bij de Geschillencommissie van Kifid

Sinds 2007 kunnen consumenten klachten betreffende beleggingen, bankzaken en verzekeringen voorleggen aan de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening die opereert binnen de stichting Klachteninstituut financiële dienstverlening. De Geschillencommissie Financiële Dienstverlening kan, naar keuze van partijen, een bindend of een niet-bindend advies geven. In dit artikel staat niet-bindend advies bij de stichting Klachteninstituut financiële dienstverlening centraal. Deze bijdrage richt zich in het bijzonder op de vraag wat de meerwaarde van deze rechtsfiguur is voor de consument die een klacht aanhangig maakt bij de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening.

## 1. Inleiding<sup>1</sup>

Sinds 2007 kunnen consumenten klachten betreffende beleggingen, bankzaken en verzekeringen voorleggen aan de Geschillencommissie Financiële Dienstverlening (hierna: de Geschillencommissie) die opereert binnen de stichting Klachteninstituut financiële dienstverlening (hierna: Kifid).<sup>2</sup> Binnen Kifid zijn naast de Geschillencommissie ook een Ombudsman Financiële Dienstverlening (hierna: de Ombudsman) en een College van Beroep operatief. Kifid kent dan ook een traject van meerdere stappen: na een interne klachtenbehandeling<sup>3</sup> volgt de Ombudsman,<sup>4</sup> vervolgens de Geschillencommissie<sup>5</sup> en eventueel daarna nog het College van Beroep.<sup>6</sup> De Geschillencommissie kan, naar keuze van partijen, een bindend of een niet-bindend advies geven. Bij niet-bindend advies neemt een derde een beslissing in een tussen partijen bestaand (deel)geschil. Aan de beslissing van deze derde(n) zijn partijen niet gebonden. De term 'niet-bindend advies' is nog minder fraai dan de misleidende term 'bindend advies', dat door het woord 'advies' de suggestie wekt dat het bindend advies niet hoeft te worden nageleefd terwijl het partijen wel degelijk bindt.<sup>7</sup>

Met name bij het niet-bindend advies zijn door de 'buitenwacht' kritische kanttekeningen geplaatst. De kritiek op het niet-bindend advies bij de Geschillencommissie ziet enerzijds op het feit dat de ongebondenheid van de

financiële dienstverleners aan het niet-bindend advies afbreuk doet aan de waarde van Kifid, doordat de consument wordt gedwongen alsnog naar de rechter te stappen op het moment dat de financiële dienstverlener het niet-bindend advies naast zich neerlegt.<sup>8</sup> Zo is wel opgemerkt dat de mogelijkheid om het oordeel van de Geschillencommissie te negeren van Kifid een tadeloze tijger maakt.<sup>9</sup> Anderzijds is de 'buitenwacht' kritisch op de mogelijkheid van de financiële dienstverleners om de status naar believen te wijzigingen van 'gebonden' naar 'ongebonden'. Zo is over deze mogelijkheid wel gezegd dat sommigen de regels van het spel veranderen tijdens het spel en dat dit niet fair is.<sup>10</sup> Per 1 oktober 2014 is het reglement van de Geschillencommissie gewijzigd.<sup>11</sup> Met deze wijziging is onder andere beoogd de ruimte van financiële dienstverleners om uitspraken van de Geschillencommissie naast zich neer te leggen te beperken.

In deze bijdrage staat niet-bindend advies bij Kifid centraal. Over niet-bindend advies is in de Nederlandse literatuur tot op heden weinig gepubliceerd.<sup>12</sup> Deze bijdrage richt zich in het bijzonder op de vraag wat de meerwaarde van deze rechtsfiguur is voor de consument die een klacht aanhangig maakt bij de Geschillencommissie van Kifid.

## 2. Oorsprong niet-bindend advies bij Kifid

De mogelijkheid van een niet-bindend advies vindt zijn basis in de Wet op het financieel toezicht (Wft) die op

\* Universitair docent burgerlijk (proces)recht, verbonden aan het Onderzoekcentrum Onderneming & Recht van de Radboud Universiteit Nijmegen

1. Deze bijdrage is een bewerking van P.E. Ernste, 'Niet-bindend advies in verzekeringsgeschillen', in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Verzekering en ADR* (Serie Onderneming en Recht, deel 83), Deventer: Kluwer 2014, p. 43-57 (hierna: Ernste 2014).

2. Zie [www.kifid.nl](http://www.kifid.nl).

3. Zie artikel 10 Reglement Ombudsman en Geschillencommissie financiële dienstverlening (Kifid).

4. Zie artikel 22 e.v. Reglement Ombudsman en Geschillencommissie financiële dienstverlening (Kifid).

5. Zie artikel 32 e.v. Reglement Ombudsman en Geschillencommissie financiële dienstverlening (Kifid).

6. Zie artikel 5 en 6 Reglement Commissie van Beroep Financiële Dienstverlening (Kifid).

7. Zie ook Ernste 2014, p. 44.

8. Zie J. Leeser, 'Kifid heeft nog een lange weg te gaan', *Het Financieel Dagblad* 28 juni 2013, p. 11; E.H. Hondius, 'Kroniek algemeen', *NTBR* 2014/42, nr. 5; C.J.M. Klaassen, 'Verzekeringsgeschillen en ADR. Enkele observaties over geschilbeslechting in "een kleine wereld"', *AV&S* 2014/22, nr. 4.2.

9. Zie J. Kooiman, 'Mogelijk oordeel te negeren maakt van klachtenloket Kifid tadeloze tijger', *Het Financieel Dagblad* 28 mei 2013, p. 21.

10. Zie J. Kooiman & V. van der Boon, 'Sommigen veranderen de regels tijdens het spel; dat is niet fair', *Het Financieel Dagblad* 17 april 2013, p. 3.

11. Zie hierover uitgebreid N. van Tiggele-van der Velde, 'Het nieuwe Reglement Ombudsman & Geschillencommissie Financiële Dienstverlening. Wat strakker van insteek en met een andere rol van de Ombudsman', *AV&S* 2014/23 (hierna: Van Tiggele-van der Velde 2014).

12. Met uitzondering van K. Bleyer, 'ADR in het Amerikaanse bedrijfsleven – Bruikbaarheid voor Nederland', *TvA* 1988, p. 2-6, m.n. p. 5 (hierna: Bleyer *TvA* 1988); W.A. Jacobs, *ADR en consument. Een rechtsvergelijkende studie naar de mogelijkheden van alternatieve geschillenoplossing*, Deventer: Kluwer 1998, p. 210 (hierna: Jacobs 1998); H.J. Sniijders, 'Non-contentieuze en zelfs niet-bindende arbitrage', *TvA* 2013, p. 1-5 (hierna: Sniijders *TvA* 2013); Ernste 2014, p. 43-47.

1 januari 2007 in werking is getreden. In artikel 4:17 lid 1 Wft is voor financiële ondernemingen de verplichting neergelegd om zorg te dragen voor een adequate klachtenbehandeling. Daartoe dienen de financiële ondernemingen te beschikken over een interne klachtenafhandeling (artikel 4:17 lid 1 onderdeel a Wft) en aangesloten te zijn bij een door de Minister van Financiën erkende geschilleninstantie die geschillen behandelt met betrekking tot betaaldiensten, financiële diensten of financiële producten van de financiële onderneming, tenzij een dergelijke geschilleninstantie niet bestaat (artikel 4:17 lid 1 onderdeel b Wft). Kifid is een erkende geschilleninstantie in de zin van artikel 4:17 lid 1 onderdeel b Wft. Dit verklaart ook waarom Kifid de mogelijkheid van niet-bindend advies kent. Een geschilleninstantie wordt immers enkel door de Minister van Financiën erkend wanneer deze voldoet aan de eisen zoals gesteld in artikel 45-48f Besluit gedragstoezicht financiële ondernemingen Wft (hierna: Bgfo). In artikel 48 lid 1 onderdeel k Bgfo wordt aan een erkende geschilleninstantie de eis gesteld dat deze beschikt over, en in overeenstemming handelt met een reglement, dat regels omvat met betrekking tot de mogelijkheid dat de beslechting van een geschil resulteert in een niet-bindend advies. De wetgever heeft deze eis aan de erkenning van een geschilleninstantie gesteld, omdat verplichte aansluiting bij een erkende geschilleninstantie die geschillen uitsluitend beslecht door middel van bindend advies, in strijd is met het recht op toegang tot de rechter bij wet ingesteld zoals neergelegd in artikel 17 Gw.<sup>13</sup> Van dit recht, dat overigens ook in artikel 6 EVRM is neergelegd, kan een partij afstand doen. Afstand dient echter wel op vrijwillige en ondubbelzinnige wijze te geschieden.<sup>14</sup> Aan deze eisen is niet voldaan wanneer een financiële onderneming verplicht wordt om zich aan te sluiten bij een erkende geschilleninstantie die enkel geschillen beslecht door middel van bindend advies.

Tot 1 oktober 2014 kon de aangesloten financiële onderneming niet enkel van tevoren aangeven of zij zich wel of niet gebonden acht aan een beslissing van deze geschillencommissie, maar zelfs op het moment dat de klacht aanhangig was, kon de aangesloten financiële onderneming haar status van gebonden naar ongebonden wijzigen.<sup>15</sup> Ten aanzien van de mogelijkheid om de status nog te wijzigen op het moment dat de klacht aanhangig is, is wel aangevoerd dat dit bij het publiek de indruk wekt dat er een causaal verband bestaat tussen de klacht en de keuze om niet meer gebonden te zijn aan een beslissing

van de Geschillencommissie.<sup>16</sup> Deze kritiek vormde voor Kifid aanleiding om het reglement op dit punt te wijzigen. Onder het huidige reglement, dat geldt per 1 oktober 2014, kan een financiële onderneming bij of na de aansluiting bij Kifid schriftelijk verklaren dat zij oordelen van Kifid over klachten die op haar betrekking hebben in zijn algemeenheid als bindend aanvaardt.<sup>17</sup> Zo heeft bijvoorbeeld het Verbond van Verzekeraars namens zijn leden aangegeven dat al zijn leden zich gebonden achten aan het advies van de Geschillencommissie.<sup>18</sup> Wanneer een financiële onderneming een dergelijke verklaring niet heeft afgelegd bij of na aansluiting bij Kifid en de consument heeft aangegeven de uitspraak van Kifid als bindend te willen aanvaarden, vraagt Kifid aan de financiële onderneming uiterlijk bij het vragen van verweer of zij de uitspraak van Kifid eveneens als bindend wil aanvaarden.<sup>19</sup> De financiële onderneming kan hierdoor niet meer gedurende de procedure de status wijzigen, maar kan nog steeds wel de status wijzigen nadat zij kennis heeft genomen van de inhoud van de klacht. Hiermee wordt naar mijn mening dan ook niet de mogelijkheid weggenomen dat bij het publiek de indruk bestaat van een causaal verband tussen de klacht en de keuze om niet meer gebonden te zijn aan een beslissing van de Geschillencommissie.

De consument dient sinds 1 oktober 2014 op het klachtenformulier aan te geven of hij de uitspraak van de Geschillencommissie over zijn klacht als bindend zal ervaren. Ook voor de consument geldt dat deze vrijwillig en ondubbelzinnig afstand moet doen van het recht op toegang tot de rechter bij wet ingesteld, zoals neergelegd in artikel 17 Gw en artikel 6 EVRM, wil de Geschillencommissie bij bindend advies een geschil kunnen beslechten.<sup>20</sup> De consument beschikte bij de Geschillencommissie voor de invoering van het huidige reglement, anders dan de financiële onderneming, niet over de mogelijkheid om te kiezen voor een bindend advies dan wel een niet-bindend advies. De reden hiervan was dat voor 1 oktober 2014 de Ombudsman al een oordeel gaf dat voor de consument niet-bindend was. Voor erkenning van Kifid door de Minister van Financiën is vereist dat voldaan is aan de eisen van artikel 45-48f, waaronder de eis dat het reglement van de geschilleninstantie regels bevat betreffende niet-bindend advies (artikel 48 lid 1 onderdeel k Bgfo). Een consument was onder het oude reglement, wat betreft de status van de uitspraak van de Geschillencommissie echter afhankelijk van de financiële onderneming. Wanneer de financiële onderneming bij voorbaat in zijn alge-

13. Zie *Kamerstukken II* 2005/06, 29708, 19, p. 508. Zie ook A. Hammerstein, 'Geschilbeslechting in verzekeringszaken', in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Verzekering en ADR* (Serie Onderneming en Recht, deel 83), Deventer: Kluwer 2014, p. 17-18; Ernste 2014, p. 45-47.

14. Zie onder andere EHRM 27 februari 1980, serie A, no. 35, NJ 1980/561 (*Deweert*), § 49; EHRM 5 maart 1962, 1197/161, *Yearbook of the European Convention on Human Rights* 1962, p. 88-97. Zie ook R.A. Lawson, 'Arbitrage en artikel 6 EVRM: vrijheid in gebondenheid', *TvA* 1996, p. 161; P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (Serie Burgerlijk Proces en Praktijk, deel 10), Deventer: Kluwer 2008, p. 92-93; G.J. Meijer, *Overeenkomst tot arbitrage* (Serie Burgerlijk Proces en Praktijk, deel 12), Deventer: Kluwer 2011, § 3.2.3.3 onder b.

15. Zie artikel 32, 33.2, 40.2 en 40.3 Reglement Ombudsman en Geschillencommissie financiële dienstverlening (Kifid) geldend tot 1 oktober 2014.

16. Zie J. Kooiman, 'Mogelijkheid oordeel te negeren maakt van klachtenloket Kifid tandeloze tijger', *Het Financieel Dagblad* 28 mei 2013, p. 21.

17. Zie artikel 14.3 Reglement Ombudsman en Geschillencommissie financiële dienstverlening (Kifid).

18. Zie J.G.C. Kamphuisen, 'Geschillenbeslechting bij verzekeringsovereenkomsten', *AV&S* 2008, p. 81-82 (hierna: Kamphuisen *AV&S* 2008). Raadpleging van het register op [www.kifid.nl](http://www.kifid.nl) leert echter dat er 35 verzekeraars zijn die hebben verklaard het advies van de Geschillencommissie als niet-bindend te aanvaarden.

19. Zie artikel 14.3 Reglement Ombudsman en Geschillencommissie financiële dienstverlening (Kifid).

20. Ernste 2012, § 3.2.2.

meenschap had gekozen voor een bindend advies, kon de consument de klacht enkel aan de Geschillencommissie voorleggen wanneer hij verklaarde de beslissing als bindend te ervaren. Wanneer de consument dit niet deed, nam de Geschillencommissie de klacht niet in behandeling. De consument moest dan alsnog de weg van de overheidsrechter bewandelen. Indien de financiële onderneming koos voor een niet-bindend advies, kon de Geschillencommissie geen bindend advies geven wanneer de consument dit wenste. Beide partijen moeten immers instemmen met bindend advies.<sup>21</sup> Dit kon ertoe leiden dat de consument niet koos voor de laagdrempelige en goedkope weg van Kifid, maar de gang maakte naar de overheidsrechter. Onder het huidige reglement geeft de Ombudsman geen beslissingen meer, maar bemiddelt enkel.<sup>22</sup> Om deze reden beschikt de consument over de mogelijkheid om op het klachtenformulier aan te geven dat hij de uitspraak over de klacht als niet-bindend zal ervaren. Dit leidt er dan niet toe dat de klacht niet in behandeling wordt genomen. De procedure zal dan eindigen met een niet-bindend advies.<sup>23</sup> In dit geval is de beslissing ook niet-bindend voor de financiële onderneming. Met deze wijziging is er tussen de financiële onderneming en de consument meer gelijkwaardigheid ontstaan voor wat betreft de mogelijkheid om te kiezen voor bindend dan wel niet-bindend advies. Het reglement geeft echter uitsluitend voor het geval dat de consument op het klachtenformulier heeft aangegeven dat hij de uitspraak als bindend aanvaardt, maar de financiële onderneming heeft aangegeven de uitspraak niet als bindend te aanvaarden. Dit betekent naar mijn mening niet dat de Geschillencommissie dan automatisch een niet-bindend advies geeft. De consument dient mijns inziens op dat moment de gelegenheid te krijgen om te kiezen tussen de weg van niet-bindend advies bij de Geschillencommissie of de gang naar de overheidsrechter.

Naast de mogelijkheid dat de financiële onderneming en de consument hebben aangegeven dat zij de beslissing als niet-bindend ervaren, is de beslissing van de Geschillencommissie blijkens het reglement in een tweetal gevallen eveneens niet-bindend. Allereerst is een beslissing nooit bindend in het geval van een vereenvoudigde procedure. Een zaak wordt in een vereenvoudigde procedure behandeld wanneer op grond van de klacht en het standpunt van de financiële onderneming aannemelijk lijkt dat de klacht ongegrond is. Bij een vereenvoudigde procedure wordt de zaak beoordeeld op basis van een schriftelijk dossier en krijgt de consument enkel de gelegenheid om te reageren wanneer de financiële onderneming niet uitsluitend heeft verwezen naar het standpunt dat zij heeft ingenomen in de interne klachtprocedure (zie § 3).<sup>24</sup> Ten tweede is in het reglement een plafondbedrag voor ver-

bindendheid opgenomen. Een uitspraak is voor partijen niet-bindend, ook niet wanneer zij schriftelijk hebben verklaard zich aan het oordeel van de Geschillencommissie in de vorm van een bindend advies te onderwerpen, indien daarin als hoofdsom (exclusief vertragsrente en kosten) een bedrag wordt toegewezen van € 250 000 indien de aangeslotene lid is van het Verbond van Verzekeraars of de Nederlandse Vereniging van Banken en € 100 000 in overige gevallen. Van deze bepaling mogen partijen bij partijafpraak afwijken.<sup>25</sup>

### 3. Bindend advies versus niet-bindend advies bij Kifid

Bij de Geschillencommissie bestaan er twee smaken: bindend advies of niet-bindend advies.<sup>26</sup> Dit roept de vraag op wat de verschillen en overeenkomsten zijn tussen deze twee vormen van geschillenbeslechting. Een direct in het oog springend verschil tussen deze twee vormen van geschillenbeslechting is de verbindendheid. In beide gevallen komen partijen overeen dat zij aan een derde de opdracht geven om een beslissing te nemen in een tussen hen gerezen kwestie of in de toekomst rijzende kwestie. Enkel in geval van bindend advies hebben partijen zich verplicht ook uitvoering te geven aan de beslissing. Bij een niet-bindend advies is dit niet het geval.

De ongebondenheid heeft allereerst tot gevolg dat bij niet-naleving van de beslissing de consument niet kan afdwingen dat de financiële onderneming zich aan de beslissing van de Geschillencommissie houdt. Deze mogelijkheid bestaat wel bij bindend advies. Wanneer een bindend advies niet wordt nagekomen, kan de consument bij de rechter een dagvaardingsprocedure aanhangig maken waarin deze nakoming van de uit het bindend advies voortvloeiende verbintenissen dient te vorderen. Als de financiële onderneming verweer voert, kan de rechter de vordering slechts afwijzen wanneer gebondenheid aan het bindend advies in verband met de inhoud of de wijze van totstandkoming naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is (vgl. artikel 7:904 BW).<sup>27</sup>

Aan de rechter wordt dus niet het oorspronkelijke geschil ter beoordeling voorgelegd. Wanneer de financiële onderneming een niet-bindend advies niet naleeft, staat voor de consument daarentegen enkel de mogelijkheid open om het oorspronkelijke geschil opnieuw voor te leggen aan de rechter die het geschil in zijn geheel zal moeten beoordelen. Door de ongebondenheid van partijen aan het niet-bindend advies wordt deze beslissing, anders dan bij bindend advies, door de overheidsrechter niet als uitgangspunt genomen. In de procedure bij de overheidsrechter kan de consument of de financiële onderneming het niet-bindend advies wel als productie in de procedure brengen.

21. Zie Kamphuisen *AV&S* 2008, p. 82-83.

22. Zie de toelichting bij artikel 14 Reglement Ombudsman en Geschillencommissie financiële dienstverlening (Kifid). Zie ook Van Tiggelevan der Velde 2014, nr. 2.1.

23. Zie artikel 14.2 Reglement Ombudsman en Geschillencommissie financiële dienstverlening (Kifid) en de onder artikel 14 vermelde toelichting.

24. Zie artikel 36 en 37 Reglement Ombudsman en Geschillencommissie financiële dienstverlening (Kifid) en de onder artikel 36 vermelde toelichting.

25. Zie artikel 44.6 Reglement Ombudsman en Geschillencommissie financiële dienstverlening (Kifid).

26. Zie uitgebreider over bindend advies mijn dissertatie: P.E. Ernste, *Bindend advies* (diss. Nijmegen, Serie Onderneming en Recht, deel 74), Deventer: Kluwer 2012 (hierna: Ernste 2012).

27. Zie Ernste 2012, § 2.4.4.2 en 2.7.1.

De ongebondenheid heeft voorts tot gevolg dat het niet noodzakelijk is de beslissing van de Geschillencommissie te vernietigen wanneer de inhoud of de wijze van totstandkoming gebreken vertoont. In geval van bindend advies zal de beslissing moeten worden vernietigd door een van de partijen. Een bindend advies kan zowel buitengerechtelijk als gerechtelijk worden vernietigd (artikel 3:49-3:51 BW). In artikel 7:904 lid 1 BW is bepaald dat een bindend advies kan worden vernietigd wanneer de inhoud of de wijze van totstandkoming in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Het gaat hier om een marginale toetsing. Het bindend advies wordt enkel vernietigd bij ernstige gebreken.<sup>28</sup>

Een tweede verschil tussen bindend en niet-bindend advies is dat de overeenkomst die ten grondslag ligt aan een niet-bindend advies, anders dan de overeenkomst tot bindend advies, niet een bijzondere vorm van de vaststellingsovereenkomst is (artikel 7:900 BW), waardoor artikel 7:904 lid 1 BW niet geldt voor niet-bindend advies. Voor beide vormen van geschillenbeslechting geldt dat er geen wettelijke regeling betreffende de procedure bestaat. Via artikel 7:904 lid 1 BW gelden de beginselen van behoorlijk procesrecht, in het bijzonder het beginsel van onafhankelijkheid en onpartijdigheid, hoor en wederhoor en het motiveringsbeginsel, wel voor de bindend-adviesprocedure. Worden deze beginselen van behoorlijk procesrecht niet nageleefd, kan dit een grond vormen voor vernietiging van het bindend advies.<sup>29</sup>

Ondanks dat artikel 7:904 lid 1 BW niet geldt voor niet-bindend advies geldt er wel een aantal procedureregels voor deze vorm van geschillenbeslechting. Voor niet-bindend advies is uit de tussen partijen en de niet-bindend adviseur bestaande overeenkomst van opdracht (artikel 7:400 BW) wel een beperkt aantal procedureregels af te leiden. Uit titel 7.7 BW vloeien voor partijen als opdrachtgever en voor de niet-bindend adviseur als opdrachtnemer enkele verplichtingen voort, waaruit enkele procedureregels zijn af te leiden. Zo rusten op de niet-bindend adviseur als opdrachtnemer informatie- en verantwoordingsplichten (artikel 7:403 BW). Op basis van de verantwoordingsplicht kan voor de niet-bindend adviseur worden aangenomen dat hij het niet-bindend advies dient te motiveren.<sup>30</sup> Daarnaast rust op partijen als gezamenlijke opdrachtgever een algemene niet in de wet geregelde zorgplicht. Hieruit vloeien voor de opdrachtgever medewerkings- en informatieplichten voort. De opdrachtgever kan gehouden zijn de opdrachtnemer naar behoren in te lichten en de medewerking te verlenen die een opdrachtnemer redelijkerwijs nodig heeft voor het uitvoeren van de overeenkomst. In geval van niet-bindend advies brengt de aard van de opdracht mee dat deze medewerkings- en informatieplichten inhouden dat partijen de voor het niet-

bindend advies van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aanvoeren en de voor de beslissing van belang zijnde stukken overleggen.<sup>31</sup> Deze verplichtingen zijn echter niet afdwingbaar, maar komen neer op Obliegenheiten.<sup>32, 33</sup> Deze regels gelden ook voor bindend advies doordat naast de tussen partijen onderling bestaande overeenkomst van bindend advies, dat een bijzondere vorm van de vaststellingsovereenkomst is (artikel 7:900 BW), tussen partijen en de bindend adviseur immers eveneens een overeenkomst van opdracht bestaat (artikel 7:400 BW).

In beginsel is een bindend advies dus met meer procedurele waarborgen omgeven dan een niet-bindend advies. Dit geldt niet bij Kifid omdat het reglement van de Geschillencommissie zowel geldt voor bindend als voor niet-bindend advies. Zowel bij bindend als bij niet-bindend advies kan bij nadere afspraak of bij reglement afspraken worden gemaakt betreffende de procedure waardoor de beginselen van behoorlijk procesrecht worden gewaarborgd. Voor de acceptatie van een niet-bindend advies door beide partijen is naar mijn mening ook van belang dat de procedure van een niet-bindend advies met enige waarborgen is omgeven. Zo zal een niet-bindend advies voor partijen eerder aanvaardbaar zijn en daarmee worden nageleefd wanneer de niet-bindend adviseur onafhankelijk en onpartijdig is, hoor en wederhoor heeft toegepast en het advies heeft gemotiveerd.<sup>34</sup> Door het reglement van Kifid worden deze beginselen van behoorlijk procesrecht over het algemeen gewaarborgd. Een uitzondering hierop vormt naar mijn mening de vereenvoudigde procedure (zie § 2). Deze procedure, die enkel wordt bewandeld wanneer het zeer aannemelijk is dat de klacht van de consument ongegrond is, kent geen mondelinge behandeling en biedt de consument enkel de gelegenheid om te reageren wanneer de financiële onderneming niet uitsluitend heeft verwezen naar het standpunt dat zij heeft ingenomen in de interne klachtprocedure.<sup>35</sup> Deze werkwijze brengt mijns inziens het risico met zich dat het debat tussen partijen niet voldoende is uitgekristalliseerd. Enerzijds doordat het recht op tegenspraak in bepaalde gevallen is beperkt. Anderzijds doordat er geen mondelinge behandeling plaatsvindt. Het is denkbaar dat consumenten hun standpunt veel beter verbaal naar voren kunnen brengen, maar hiervoor bestaat in de vereenvoudigde procedure echter geen ruimte waardoor het risico bestaat dat de consument onvoldoende zijn standpunt naar voren heeft kunnen brengen. Dit heeft dan tot gevolg dat de Geschillencommissie niet een weloverwogen beslissing in het geschil kan nemen. Denkbaar is dat de consument het niet-bindend advies dan minder snel zal accepteren en dan alsnog de gang naar de rechter maakt. Dit doet de vraag rijzen naar de meerwaarde van deze procedure bij de Geschillencommissie.

28. Zie HR 12 september 1997, *NJ* 1997/382, m.nt. Mendel (*Confood/Zürich*). Zie hierover uitgebreid Ernste 2012, § 2.4.4.2.

29. Zie Ernste 2012, hoofdstuk 3.

30. Vgl. Ernste 2012, § 2.3.3. Zie ook Ernste 2014, § 4.5.

31. Vgl. Ernste 2012, § 2.3.4. Zie ook Ernste 2014, § 4.5.

32. Zie Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV\* 2009/125.

33. Obliegenheiten zijn verplichtingen die niet zelfstandig een aanspraak geven op nakoming of schadevergoeding in geval van niet-nakoming van deze verplichtingen.

34. Zie ook Ernste 2014, § 4.5.

35. Zie artikel 36 en 37 Reglement Ombudsman en Geschillencommissie financiële dienstverlening (Kifid) en de onder artikel 36 vermelde toelichting.

In de nabije toekomst zal er een wettelijke procedurele regeling komen voor bindend advies en niet-bindend advies ter beslechting van consumentengeschillen. Op 18 juli 2013 is de richtlijn betreffende alternatieve geschillenbeslechting van consumentengeschillen (Richtlijn ADR consumenten) bekendgemaakt.<sup>36</sup> Deze richtlijn ziet zowel op bindend advies als ook op niet-bindend advies. Artikel 2 Richtlijn ADR consumenten spreekt immers over een ADR-entiteit die een oplossing voorstelt – hieronder valt niet-bindend advies – of oplegt – waaronder bindend advies kan worden gebracht – of die partijen bijeenbrengt teneinde een minnelijke schikking te vergemakkelijken. De Richtlijn ADR consumenten stelt eisen aan de toegankelijkheid, de kwaliteit en de procedure van de geschillencommissies voor consumentenzaken.<sup>37</sup> Deze richtlijn wordt geïmplementeerd door de Wet implementatie buitengerechtelijke geschillenbeslechting consumenten.<sup>38</sup> Hierdoor zullen in de toekomst dezelfde procedurele eisen worden gesteld aan de totstandkoming van een bindend advies en een niet-bindend advies in consumentengeschillen. Het verschil in procedurele waarborgen tussen bindend advies en niet-bindend advies geldt dan nog enkel voor geschillen die niet op het gebied van consumentenrecht liggen. Voor de Geschillencommissie geldt dat niet enkel het reglement van de Geschillencommissie, maar in de toekomst ook de wet meebrengt dat de totstandkoming van een bindend advies en een niet-bindend advies van de Geschillencommissie met dezelfde procedurele waarborgen zijn voorzien.

#### 4. Niet-bindend advies: een aanwinst voor de consument?

Wegens formele gronden staat bij Kifid, zoals reeds is aangestipt, de mogelijkheid van niet-bindend advies open. Kifid is een erkende geschilleninstantie in de zin van de Wft. Om te worden erkend door de Minister van Financiën is vereist dat de geschilleninstantie de mogelijkheid kent van niet-bindend advies voor zowel de financiële onderneming als de consument (zie § 2). De mogelijkheid van niet-bindend advies bestaat bij Kifid omdat van bindend advies alleen gebruik kan worden gemaakt wanneer zowel de financiële onderneming als de consument vrijwillig en ondubbelzinnig afstand doet van het recht op toegang tot de rechter bij wet ingesteld, zoals neergelegd in artikel 17 Gw en artikel 6 EVRM (zie § 2).

In Amerika wordt al langer gebruikgemaakt van een met het niet-bindend advies te vergelijken rechtsfiguur, namelijk de ‘non-binding arbitration’ of ‘advisory arbitration’.<sup>39</sup> De ‘non-binding arbitration’ of ‘advisory arbitra-

tion’ lijkt zich in de Verenigde Staten in twee varianten voor te doen. De eerste variant houdt in dat een arbitraal vonnis bindend is, tenzij een van partijen alsnog kiest voor de weg van de overheidsrechter. De keuze voor de weg van de overheidsrechter is niet zonder risico’s. Wanneer de uitspraak van de overheidsrechter niet gunstiger is dan het arbitraal vonnis voor de partij die alsnog kiest voor de gang naar overheidsrechter, dan dient deze partij de griffierechten en de advocaatkosten van de wederpartij te betalen. De tweede variant houdt in dat partijen vanaf het begin af aan niet gebonden zijn aan het arbitraal vonnis. Wanneer een partij zich niet houdt aan het arbitraal vonnis heeft dit voor deze partij geen gevolgen voor wat betreft eventuele kosten.<sup>40</sup> Deze laatste variant is te vergelijken met het Nederlandse niet-bindend advies, waarvan ook bij de Geschillencommissie gebruik wordt gemaakt.

Voor het gebruik van ‘non-binding arbitration’ of ‘advisory arbitration’ worden in de Amerikaanse literatuur verschillende redenen gegeven, die niet samenhangen met de formele gronden die voor Kifid de reden vormen van het bestaan van het niet-bindend advies.<sup>41</sup> Een eerste reden die in de Amerikaanse literatuur naar voren komt voor het gebruik van deze rechtsfiguur, is dat een niet-bindend arbitraal vonnis tot gevolg heeft dat partijen eerder tot een schikking komen doordat het partijen een richting kan geven bij de onderhandelingen. Een ander in de Amerikaanse literatuur genoemde reden voor het gebruik van ‘non-binding arbitration’ of ‘advisory arbitration’ is dat deze vorm van geschillenbeslechting een flexibele procedure biedt. Deze reden is invoelbaar wanneer ‘non-binding arbitration’ of ‘advisory arbitration’ wordt gebruikt om de onderhandelingen te sturen. Een dergelijke flexibele en informele procedure past naar mijn mening ook beter, omdat daarmee de verhoudingen tussen partijen niet op scherp worden gezet en zij gezamenlijk al dan niet onder leiding van een mediator tot een oplossing kunnen komen. Een andere verklaring die wordt gegeven voor het gebruik van deze vorm van arbitrage, is dat een technische deskundige door partijen kan worden ingeschakeld die een niet-bindend arbitraal vonnis wijst. Voorts wordt als reden voor het gebruik van ‘non-binding arbitration’ of ‘advisory arbitration’ genoemd dat als gevolg van de ongebondenheid van partijen aan het arbitraal vonnis het niet noodzakelijk is om het arbitraal vonnis aan te tasten wanneer de wijze van totstandkoming of de inhoud van de beslissing gebreken vertoont. Deze redenen spelen ook in meer of mindere

36. Richtlijn 2013/11/EU van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2013 betreffende alternatieve beslechting van consumentengeschillen en tot wijziging van Verordening (EG) 2006/2004 en Richtlijn 2009/22/EG, *PbEU* 2013, L 165/63 (hierna: Richtlijn ADR consumenten).

37. Zie uitgebreid over de richtlijn mijn bijdrage: P.E. Ernste, ‘De Nederlandse geschillencommissies voor consumentenzaken langs de meetlat van de Richtlijn ADR consumenten en de Verordening ODR consumenten’, *NtER* 2013, afl. 8, p. 286-295.

38. *Kamerstukken II* 2013/14, 33982, 2. Op het moment van schrijven, ligt het wetsvoorstel bij de Eerste Kamer.

39. Snijders *TvA* 2013, p. 4.

40. Zie Bleyer *TvA* 1988, p. 5; Jacobs 1998, p. 210; David U. Strawn, *Dispute management: How to End the Litigation Problem*, 2004, p. 68; Steven C. Bennet, ‘Non-binding arbitration: an introduction’, *Dispute Resolution Journal* 2006, p. 22-27, m.n. p. 24.

41. Zie Edmund D. Edelman & Daniel J.B. Mitchell, ‘Binding-Non Binding Arbitration: A new Process to Resolve Interest Disputes’, *California Public Employee Relation Journal* 2004, p. 5-14; Steven C. Bennet, ‘Non-binding arbitration: an introduction’, *Dispute Resolution Journal* 2006, p. 24.

mate een rol om bij de ad-hocbeslechting van verzekeringsgeschillen.<sup>42</sup>

Het voorgaande doet de vraag rijzen of deze redenen ook een grond kunnen vormen voor de keuze van de consument voor niet-bindend advies. Naar mijn mening kan enkel de laatste reden, dat het niet noodzakelijk is een niet-bindend arbitraal vonnis aan te tasten, voor de consument een rol spelen om te kiezen voor een niet-bindend advies van de Geschillencommissie. Uitgangspunt is de bindende kracht van een bindend advies. Er zijn twee mogelijkheden om een bindend advies aan te tasten. Allereerst is een bindend advies nietig op grond van artikel 7:902 BW wanneer het bindend advies in strijd is met dwingend recht en tevens in strijd is met de openbare orde en goede zeden.<sup>43</sup> Dit betekent dat een bindend advies wel geldig is wanneer dit enkel in strijd is met dwingend recht. Hierop brengt de Richtlijn ADR consumenten echter een beperking op aan. Artikel 11 van deze richtlijn brengt mee dat niet ten nadele van consumenten van dwingend recht mag worden afgeweken.<sup>44</sup> Ten tweede kan een bindend advies worden aangetast op grond van artikel 7:904 BW, welke bepaling uitgebreid is besproken in § 3. Doordat een bindend advies op grond van deze bepaling enkel bij ernstige gebreken in de beslissing of de totstandkoming kan leiden tot vernietiging van een bindend advies is het lastig om aan gebondenheid aan het bindend advies te ontkomen.<sup>45</sup> Nadeel van niet-bindend advies is echter dat niet-bindend advies verdragend werkt en leidt tot onnodige kosten wanneer partijen het niet-bindend advies niet opvolgen en alsnog een procedure bij de rechter aanhangig maken.<sup>46</sup>

De reden dat partijen als gevolg van een niet-bindend advies eerder tot een schikking komen en de daarmee samenhangende reden van een flexibele procedure in geval van niet-bindend advies zal voor de consument geen reden vormen om te kiezen voor niet-bindend advies bij de Geschillencommissie. De Geschillencommissie komt immers in beeld op het moment dat bemiddeling bij de Ombudsman is mislukt of bemiddeling niet zinvol is.<sup>47</sup> In beginsel vindt er voorafgaand aan de procedure bij de Geschillencommissie bij de Ombudsman een bemiddelingspoging plaats. De Ombudsman stuurt hier de onderhandelingen inhoudelijk, zo blijkt uit de toelichting op het reglement.<sup>48</sup> Dit doet hij sinds de invoering van het huidige reglement echter niet meer door een niet-bindende aanbeveling.<sup>49</sup> De wijze waarop de Ombudsman bemiddelt, doet denken aan de evaluatieve mediation,

waarbij de mediator partijen helpt bij het maken van een juridische inschatting van de kansen van de zaak.<sup>50</sup> In Nederland wordt zelden gebruikgemaakt van deze vorm van mediation en wordt gekozen voor de faciliterende vorm van mediation, waarbij de mediator het als zijn taak ziet om het communicatieproces tussen partijen te bevorderen.<sup>51</sup> Indien partijen bij de Ombudsman ondanks inhoudelijke sturing niet tot een minnelijke regeling komen, is het de bedoeling dat de Geschillencommissie de knoop doorhakt. De Geschillencommissie wordt dus niet ingeschakeld gedurende de onderhandelingen, maar op het moment dat deze zijn afgerond zonder dat een minnelijke regeling is bereikt. De Geschillencommissie kan wel op elk gewenst moment de procedure verwijzen naar de Ombudsman of zelf een minnelijke regeling proberen te bereiken,<sup>52</sup> maar niet blijkt dat het niet-bindend advies is bedoeld om richting te geven aan de onderhandelingen. Daarbij komt dat de Geschillencommissie een uitgebreid reglement kent dat zowel geldt voor bindend advies als voor niet-bindend advies waardoor het argument van de flexibiliteit van de procedure niet opgaat.

Een andere reden die in de Amerikaanse literatuur naar voren is gebracht voor het gebruik van 'non-binding arbitration' en 'advisory arbitration', is dat het niet-bindend arbitraal vonnis kan worden gegeven door een technische deskundige. Aan zowel de bindend adviseur als aan een niet-bindend adviseur wordt in de wet geen kwaliteitseisen gesteld. Aan de bindend adviseur wordt bijvoorbeeld in de wet niet de eis gesteld dat deze over de mees-tertittel dient te beschikken, waardoor ook een technisch deskundige, niet zijnde een jurist, een bindend advies kan geven. Zo nemen bij een meervoudige behandeling in de Geschillencommissie zowel juristen als niet-juristen plaats in de Geschillencommissie. De niet-jurist wordt in het reglement aangeduid als 'Deskundig lid' en is iemand die ruime ervaring heeft ten aanzien van de financiële dienst waarop de klacht betrekking heeft.<sup>53</sup> Uit het reglement blijkt niet dat keuze voor bindend advies dan wel niet-bindend advies van invloed is op de samenstelling van de Geschillencommissie. Enkel de vraag of de zaak enkelvoudig of meervoudig wordt behandeld, lijkt hierop van invloed te zijn. Bij een enkelvoudige behandeling geschiedt de behandeling door een jurist.<sup>54</sup>

## 5. Conclusie

De Geschillencommissie van Kifid maakt noodgedwongen gebruik van niet-bindend advies op basis van formele

42. Zie Ernste 2014, § 4.4.

43. Zie hierover uitgebreid Ernste 2012, § 2.4.4.1.

44. Zie E.H. Hondius, 'De ADR-richtlijn, het indemniteitsbeginsel en dwingend recht', in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Verzekering en ADR* (Serie Onderneming en Recht, deel 83), Deventer: Kluwer 2014, p. 301-311 (p. 309-311).

45. Zie HR 12 september 1997, *NJ* 1998/382, m.nt. Mendel (*Confond/Zurich*), r.o. 3.5.

46. Zie Jacobs 1998, p. 210.

47. Zie artikel 31.1 en 31.2 Reglement Ombudsman en Geschillencommissie financiële dienstverlening (Kifid).

48. Zie de toelichting bij artikel 27 Reglement Ombudsman en Geschillencommissie financiële dienstverlening (Kifid).

49. Zie de toelichting bij artikel 14 Reglement Ombudsman en Geschillencommissie financiële dienstverlening (Kifid). Zie ook Van Tiggelevan der Velde 2014, nr. 2.1. Zie voor de situatie voor 1 oktober 2014: M. Gonçalves Ribeiro Sousa Pereira, 'De ombudsman financiële dienstverlening', in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), *Verzekering en ADR* (Serie Onderneming en Recht, deel 83), Deventer: Kluwer 2014, p. 103-122.

50. Zie A.F.M. Brenninkmeijer e.a., *Handboek Mediation*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 211-217.

51. Zie Brenninkmeijer e.a. 2013, p. 200 en 218-228.

52. Zie artikel 32 Reglement Ombudsman en Geschillencommissie financiële dienstverlening (Kifid).

53. Zie artikel 1 Reglement Ombudsman en Geschillencommissie financiële dienstverlening (Kifid).

54. Zie artikel 34 Reglement Ombudsman en Geschillencommissie financiële dienstverlening (Kifid).

gronden. Kifid is een erkende geschilleninstantie in de zin van de Wft. Voor erkenning eist artikel 48 Bfgo onder andere dat bij de geschilleninstantie de mogelijkheid van niet-bindend advies openstaat voor zowel de consument als de financiële onderneming. Deze eis is gesteld omdat op grond van artikel 6 EVRM eenieder recht heeft op toegang tot een rechter bij wet ingesteld. Op nationaal niveau is dit recht neergelegd in artikel 17 Gw. Dit artikel bepaalt dat niemand tegen zijn wil van de rechter kan worden afgehouden. Afstand van dit recht dient vrijwillig en ondubbelzinnig te geschieden. Dit betekent dat zowel de financiële onderneming als de consument vrijwillig en ondubbelzinnig moet kiezen voor bindend advies bij de Geschillencommissie. Hiervan zou, anders dan bij de andere geschillencommissies voor consumentenzaken waarbij vrijwillige toetreding vooropstaat, geen sprake zijn wanneer een financiële onderneming zich op grond van de Wft verplicht dient aan te sluiten bij Kifid, omdat dit een erkende geschilleninstantie is in de zin van de Wft, en deze vervolgens enkel geschillen beslecht bij bindend advies. Dit levert strijd op met artikel 17 Gw en artikel 6 EVRM. Daarom heeft de financiële onderneming de keuze tussen een bindend advies en een niet-bindend advies van de Geschillencommissie. Ook de consument kan niet worden verplicht het geschil bij bindend advies te beslechten en beschikt op basis van artikel 17 Gw en artikel 6 EVRM over dezelfde keuzemogelijkheid. Enkel wanneer de financiële onderneming en de consument beide instemmen met bindend advies, zal de Geschillencommissie bij bindend advies beslissen. Indien beide partijen hier niet mee instemmen staat de weg van niet-bindend advies open of de gang naar de overheidsrechter. De bevoegdheid van de consument om te kiezen voor een bindend advies dan wel een niet-bindend advies doet de vraag rijzen, wat het voordeel voor de consument is van het niet-bindend advies en om welke reden een consument zou moeten kiezen voor de weg van niet-bindend advies bij de Geschillencommissie. Uit de Amerikaanse literatuur zijn verschillende redenen gegeven voor de keuze voor de met het niet-bindend advies te vergelijken rechtsfiguur. Enkel het feit dat het niet noodzakelijk is een niet-bindend advies aan te tasten, zal voor de consument een voordeel zijn en daarmee een reden om te kiezen voor niet-bindend advies bij de Geschillencommissie. Een bindend advies is immers slechts beperkt aantastbaar. Het kan op grond van artikel 7:904 lid 1 BW worden vernietigd wanneer de inhoud of de wijze van totstandkoming in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Hiervoor is vereist dat het gaat om ernstige gebreken. De gebondenheid aan het bindend advies kan overigens ook juist een reden zijn om te kiezen voor bindend advies. Wanneer een van partijen het bindend advies niet opvolgt, dient ter beslechting van het geschil alsnog een procedure bij de overheidsrechter aanhangig te worden gemaakt. Hierdoor kan niet-bindend advies vertragend werken en leiden tot onnodige kosten.